

Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan

In het Belgisch recht is al heel wat inkt gevloeid over de bewijslastverdeling bij schendingen van informatieverplichtingen door een professional zoals een arts, advocaat, notaris of beleggingsadviseur. Traditioneel neemt ons rechtstelsel als uitgangspunt dat de informatiegerechtigde moet bewijzen dat de informatieplichtige in zijn verplichting is tekortgeschoten. Dat bewijs is echter niet eenvoudig. Sommigen omschrijven het zelfs als een ‘*probatio diabolica*’: de persoon die beweert dat hij niet of niet voldoende is ingelicht, moet het bewijs leveren van een negatief feit. In een recente uitspraak lijkt het Hof van Cassatie nu de slinger de andere richting te doen uitslaan.

In 1997 kwam de traditionele zienswijze onder invloed van het Franse recht al een eerste keer onder druk te staan. In een principiearrest van 25 februari 1997 brak het Franse Hof van Cassatie met zijn vroegere rechtspraak. Het beslist dat de arts het bewijs moet leveren van de uitvoering van zijn informatieverplichting tegenover de patiënt. Enkele maanden later bevestigt het Hof zijn rechtspraak in een arrest over de adviesplicht van de advocaat. En als het regent in Parijs, druppelt het in Brussel. In een eerste beweging gaven een aantal Belgische feitenrechters navolging aan die Franse rechtspraak. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het Belgische Hof van Cassatie zich begin jaren 2000 een aantal keer moest uitspreken over de problematiek. In een arrest van 14 december 2001 verbrak het Hof een arrest waarin de bewijslast op de arts werd gelegd. In die zaak was de burgerlijke vordering gesteund op een misdrijf. In de rechtsleer rees meteen de vraag of het Hof van Cassatie anders zou hebben geoordeeld als de patiënt zijn vordering enkel op een contractuele grondslag had gesteund.

Met twee arresten van 16 december 2004 hakte het Hof definitief de knoop door. Het besliste dat een patiënt die beweert onvoldoende informatie te hebben gekregen over bepaalde risico's, daar het bewijs van moet leveren. Het Hof voegde er wel aan toe dat de patiënt het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid moet leveren als dat van een positief feit. Dat mag echter niet leiden tot een omkering van de bewijslast. Met die arresten nam het Hof van Cassatie de twijfel volledig weg die ontstaan was na het Franse cassatiearrest van 1997. De feitenrechters schaarden zich unaniem achter de cassatierechtspraak en legden de bewijslast van de tekortkoming aan een informatieverplichting op de informatiegerechtigde.

Gedurende 11 jaar bleef het in de rechtspraak windstil rond de kwestie. Een arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 breng daar opnieuw verandering in. Een cliënt beweerde dat zijn advocaat hem niet had ingelicht over het feit dat hij in aanmerking kwam voor juridische en/of rechtsbijstand. Nochtans was de advocaat daar op grond van een deontologische regel van de OBFG toe verplicht. Volgens de advocaat had hij zijn cliënt vanaf de eerste consultatie mondeling over die mogelijkheid geïnformeerd. De appelrechters beslisten dat de bewijslast van de naleving van die informatieverplichting op de advocaat rust. Het Hof van Cassatie bevestigt die beslissing: ‘Uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd gegeven.’

De vraag rijst welke gevolgen de uitspraak kan hebben. Wenst het Hof terug te komen op de cassatiearresten van 2004 of heeft de beslissing een beperktere draagwijdte? Enerzijds nopen de specifieke omstandigheden van de zaak tot enige voorzichtigheid. De te verstrekken informatie gaat immers niet over de inhoud van het dossier, maar over het optreden van de advocaat zelf. Bovendien gaat de concrete verplichting verder dan het loutere meedelen van die informatie. Op de advocaat rust ook een onderzoeksplicht over de financiële en familiale toestand van zijn cliënt. Anderzijds valt het op dat de uitspraak in zeer ruime bewoordingen geformuleerd is. Het lijkt bovendien weinig opportuun om een verschillende bewijslastverdeling toe te passen naargelang de aard van de informatieverplichting. Dat zou er dus eerder voor pleiten om een algemene draadwijdte toe te kennen aan de uitspraak.

Mentaliteitsverandering in de maak?

Als de toekomst uitwijst dat er een algemene draagwijdte toekomt aan het arrest van 25 juni 2015, zal die ommekeer dan leiden tot een mentaliteitsverandering bij de informatieplichtigen? Gaan artsen vanaf nu nog meer en systematisch hun toevlucht nemen tot informatie- en toestemmingsformulieren? Of gaan advocaten van iedere mondelinge consultatie een schriftelijke neerslag naar hun cliënten sturen? Dat valt nog af te wachten.

De professional zal meestal aan zijn bewijslast kunnen voldoen met alle middelen van recht (bijvoorbeeld ook met vermoedens). Een geschrift is dus niet noodzakelijk vereist. Wanneer hij toch beslist om ‘het zekere voor het onzekere te nemen’ en gebruik te maken van *informed-consent* formulieren, hopen we dat hij voldoende aandacht besteedt aan het opstellen ervan. Pure stijlformules en standaardformulieren leiden immers tot uitholling van de informatieplicht en kunnen daarom niet volstaan.

Bovendien mag de informatiegerechtigde geen passieve houding aannemen, maar moet hij op loyale wijze meewerken aan de bewijsvoering. Een beslissing over de bewijslast - of beter het bewijsrisico - is slechts aan de orde wanneer de rechter na onderzoek van alle bewijselementen nog steeds twijfelt. Pas in dat geval zal de professional het onderspit moeten delven.

Wannes Vandenbussche is FWO-aspirant aan het Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven, Elisabeth Verjans is assistente bij het Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven.